

JUSTIÇA & CIDADANIA®

ISSN 1807-779X | Edição 223 - Março de 2019



FELIPE SANTA CRUZ, PRESIDENTE DA OAB

**EM DEFESA DA DEMOCRACIA,
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E DA CONSTITUIÇÃO**

EDITORIAL: SEM ADVOGADO NÃO EXISTE CIVILIZAÇÃO

Uma observação final

O significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal

Celso de Mello | Ministro do STF

Trecho final do histórico voto do Ministro Celso de Mello durante o julgamento, em 20/02/2019, no STF, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que pedem a criminalização de todas as formas de ofensas, agressões e discriminações motivadas pela identidade de gênero.

Cabe assinalar, por necessário e relevante, que se impõe ao Supremo Tribunal Federal, tornado guardião da ordem constitucional por deliberação soberana da própria Assembleia Nacional Constituinte, reafirmar, a cada momento, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil. Nesse contexto, incumbe aos Juízes da Corte Suprema do Brasil o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados.

O Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, possui a exata percepção dessa realidade e, por tal razão, tem consciência do grave compromisso que incide sobre esta Alta Corte consistente em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a

todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem, inclusive mediante comportamento omissivo, o significado da própria Lei Fundamental.

Torna-se de vital importância reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada pela própria Assembleia Constituinte, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política, de pragmatismo institucional ou de inadmissível preconceito social, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária (e abusiva) do poder, seja por ação, seja por omissão. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental.

É por isso que se pode proclamar que o Supremo Tribunal Federal desempenha as suas funções insti-



Foto: Nelson Jr./SCO/STF

tucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição, pois esta Corte Suprema não tolera a prepotência dos governantes, não admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República, nem se curva a pressões advindas de grupos sociais majoritários que buscam impor exclusões e negar direitos a grupos vulneráveis. Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição constitucional, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pelo preconceito, pela discriminação e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.

O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Não constitui demasia destacar a importância do Poder Judiciário na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, pois os magistrados e Tribunais, notadamente este Supremo Tribunal Federal, exercem papel que se reveste de significativo relevo político-jurídico nas formações sociais que integram, eis que não há, na história das socieda-

des políticas, o registro de um povo que, despojado de um Judiciário independente, tenha conseguido, mesmo assim, preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

É significativo que se discuta, portanto, o tema pertinente aos Direitos Humanos, valendo destacar, nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em Paris, pela III Assembleia Geral da ONU, há 70 anos, em 10/12/1948. Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos 30 artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional – estimulados por um insuprimível senso de responsabilidade e conscientes do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista, inclusive contra homossexuais (forçados a ostentar, nos campos de concentração e de extermínio, o triângulo rosa, se gays, ou o triângulo negro, se lésbicas), bem assim pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de po-

der – tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, em favor das pessoas, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, assegurando-lhes o direito de viverem protegidas do temor e a salvo das necessidades. É preciso, pois, que o Estado, ao magnificar e valorizar o significado real que inspira a Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas, pratique, sem restrições, sem omissões e sem tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de todo o gênero humano. Torna-se essencial, portanto, ter consciência de que se revela inadiável conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos.

A questão dos direitos essenciais da pessoa humana – precisamente porque o reconhecimento de tais prerrogativas funda-se em consenso verdadeiramente universal (*consensus omnium gentium*) – não mais constitui problema de natureza filosófica ou de caráter meramente teórico, mas representa, isto sim, tema fortemente impregnado de significação política, na medida em que se torna fundamental e inadiável instituir meios destinados a protegê-los, conferindo-lhes efetividade e exequibilidade no plano das relações entre o Estado e os indivíduos. É esse, pois, o grande desafio com que todos – governantes e governados – nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, quaisquer que sejam as gerações ou as dimensões em que estes se projetem.

Conclusão

Encerro o meu voto, Senhor Presidente, enfatizando que este processo revela que, nele, está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à *orientação sexual* e à

identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República.

Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos formados com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, notadamente àquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade LGBT, a uma situação de maior vulnerabilidade.

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados: (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/1999; (d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e (e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

É o meu voto.

